

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA*

ANTONIO MARTÍN LEÓN

Profesor de Derecho Civil. Universidad de Granada (España)

EXCERTOS

“La transparencia exige que el consumidor conozca la carga económica que supone el contrato en su conjunto, por lo que el empresario debe redactar el clausulado predispuesto de modo que dicha carga no resulte subrepticamente alterada”

“Los gastos de preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario son los que derivan de todos aquellos actos que debe realizar el vendedor, de manera unilateral, para cumplir con su obligación de entregar la cosa vendida, es decir, aquéllos que debe realizar antes de otorgar la escritura pública de venta”

“Un sector doctrinal considera también abusivas cláusulas más sutiles, que aparentemente conceden plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo”

“Deben considerarse abusivas las cláusulas que incrementen el precio ofertado con gastos que son necesarios para el cumplimiento íntegro de la prestación con arreglo a lo pactado, es decir, aquéllas que repercutan al comprador, al margen del precio final, los gastos propios de la ejecución de la obra o los de acceso a suministros generales de la vivienda”

“La reserva del promotor de la facultad de modificación unilateral del contrato, alterando el proyecto de obra o la memoria de calidades, sólo será válida en caso de circunstancias imprevisibles, ajenas a su ámbito de control y que determinen alteraciones de escasa entidad”

1. Introducción

El contrato de compraventa de vivienda no está sujeto a una regulación especial en el Derecho español. Nuestro legislador considera que en la compraventa de vivienda concurren las notas caracterizadoras de toda compraventa y que la particularidad del objeto sobre el que recae –una vivienda– no altera en modo alguno las características esenciales de esta modalidad contractual. En consecuencia, es un contrato consensual, obligacional (no directamente traslativo), bilateral y oneroso: se perfecciona por el mero consentimiento y desde entonces obliga al vendedor a la entrega del inmueble y al comprador al pago del precio; no obstante, en virtud de la teoría del título y el modo, la propiedad no se transmite sino cuando el contrato vaya seguido de la tradición o entrega de la cosa vendida. Conviene destacar que la compraventa de vivienda suele frecuentemente realizarse sobre plano, es decir, recae sobre un inmueble en construcción o meramente proyectado. No obstante, con carácter general, nuestro Derecho admite la validez de la venta de cosa futura en cualquiera de sus dos tradicionales modalidades de venta de cosa esperada (*emptio res speratae*) y venta de esperanza (*emptio spei*). La venta de un piso a construir o en construcción encaja en la primera modalidad (venta de cosa esperada), por lo que se trata de un contrato oneroso, conmutativo y sujeto a la condición suspensiva de que la cosa llegue efectivamente a existir, pues, si la condición no se cumple, el comprador no tendría la obligación de pagar el precio.

Por otra parte, la compraventa de consumo puede recaer sobre bienes inmuebles a pesar de que el art. 3 TRLGDCU [Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios] prescinda de aludir a dichos bienes cuando proporciona el concepto de consumidor a efectos legales¹. La mención específica de los bienes inmuebles a la hora de definir al consumidor fue suprimida al ser considerada innecesaria o superflua. El propio texto legal confirma esta interpretación, pues admite la posible existencia de cláusulas abusivas en la compraventa de viviendas (art. 89.3 TRLGDCU)².

Por otra parte, el particular debe adquirir la vivienda de un empresario y actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (arts. 2 y 3 TRLGDCU). Es decir, el particular debe comprar la vivienda para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas³. Si el particular comprase la vivienda para reintroducirla en el mercado, esto es, para revenderla, la compraventa quedaría fuera del ámbito de aplicación del TRLGDCU⁴.

En la práctica del mercado inmobiliario, los contratos de compraventa de vivienda (con independencia de que sea sobre plano, en construcción

o ya terminada) son contratos con condiciones generales impuestas por el promotor inmobiliario a los compradores, y, en algunos casos, contratos con cláusulas predisuestas y no negociadas individualmente, aunque no generales⁵. En cualquier caso, son contratos de adhesión, cuyo contenido ha sido elaborado previa y unilateralmente por el promotor, sin que el comprador haya tenido ninguna oportunidad de influir en su redacción⁶. Este tipo de contratación (con cláusulas predisuestas o con condiciones generales de la contratación) genera el riesgo típico de que el promotor, a la hora de redactar el contrato, sólo tenga en consideración sus intereses y expectativas, haciendo abstracción de los del consumidor. Es más, el mercado inmobiliario es uno de los ámbitos donde mayor difusión alcanzan las condiciones generales o las cláusulas predisuestas. La compra de la propia vivienda constituye la

La razón de la abusividad de las cláusulas de imposición de gastos al consumidor radica en su defecto de transparência

operación de mayor trascendencia económica en la vida del consumidor, por ello necesita ser protegido de aquellas cláusulas predisuestas que, por ejemplo, suponen la fijación de un precio final más elevado que el inicialmente estipulado, repercuten al consumidor gastos e impuestos, facultan al promotor para modificar unilateralmente el proyecto de obra o imponen al consumidor renunciaciones a derechos legalmente reconocidos.

Para determinar el carácter abusivo o no de una cláusula no negociada individualmente, el TRLGDCU combina dos sistemas. En primer lugar, establece una cláusula general de abusividad, en cuya virtud se consideran abusivas aquellas cláusulas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1). En segundo lugar, para facilitar la identificación de las cláusulas abusivas, contiene un listado o elenco de específicas cláusulas que se tienen por abusivas (arts. 85 a 90). Además, aunque la posible abusividad de una cláusula por defecto de transparencia no se contempla expresamente en el citado art. 82.1, se estima que dicha consecuencia deriva de la contravención de la buena fe que ha de informar la conducta de las partes⁷. Partiendo de estas premisas, lo más adecuado metodológicamente es comenzar comprobando si una determinada cláusula encaja en alguno de los supuestos específicos contenidos en las listas de los arts. 85 a 90 TRLGDCU y, en caso negativo, recurrir a la cláusula general que pretende abarcar los casos no expresamente contemplados.

2. Cláusulas expresa y específicamente configuradas como abusivas en la compraventa de vivienda: la imposición de gastos al consumidor que por ley corresponden al empresario (art. 89.3 TRLGDCU)

El art. 89.3 TRLGDCU enumera una serie de cláusulas relativas a imposición de gastos que son abusivas, en todo caso (lista negra), en la compraventa de viviendas⁸. La razón de la abusividad de las cláusulas de imposición de gastos al consumidor radica en su defecto de transparencia. En efecto, la transparencia exige que el consumidor conozca la carga económica que supone el contrato en su conjunto, por lo que el empresario debe redactar el clausulado predispuesto de modo que dicha carga no resulte subrepticamente alterada⁹.

El art. 89.3 TRLGDCU contiene una prohibición general sobre la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario y una serie de concreciones, desglosadas en cuatro apartados, a), b), c) y d). Analicemos por separado cada una de estas concreciones:

– “*La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)*” (art. 89.3.a TRLGDCU)

Los gastos de preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario son los que derivan de todos aquellos actos que debe realizar el vendedor, de manera unilateral, para cumplir con su obligación de entregar la cosa vendida, es decir, aquéllos que debe realizar antes de otorgar la escritura pública de venta¹⁰. La enumeración de gastos del art. 89.3.a) no es exhaustiva sino simplemente ejemplificativa. Podrá comprender también otros gastos tales como los de agrupación, segregación, operaciones reparcelatorias, cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación, primas de seguros sobre el inmueble satisfechas antes del acto traslativo, constitución del régimen de propiedad horizontal, gastos de comunidad anteriores a la transmisión y gastos de constitución de los avales o garantías de devolución de las cantidades entregadas anticipadamente a cuenta del precio en virtud de la Ley 57/1968¹¹.

Uno de los supuestos más relevantes del art. 89.3.a) TRLGDCU es el relativo a los gastos de constitución y cancelación de las hipotecas concertadas por el promotor. La jurisprudencia introdujo la distinción entre la hipoteca

constituida para financiar la construcción y la hipoteca constituida para financiar el precio de la adquisición. En el primer caso, la hipoteca se constituye en interés del vendedor y se declara abusiva la repercusión de los gastos asociados a su constitución (aranceles notariales y registrales, impuestos, tasación, etc.) sobre el comprador¹². Se reputa también abusiva la cláusula que impone al comprador los gastos de cancelación del préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción¹³. Conviene hacer notar que las cláusulas proscritas *ex art. 89.3.a)* son las relativas a hipotecas constituidas por el promotor para financiar la construcción, por lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellos préstamos hipotecarios suscritos por el promotor para financiar la adquisición del inmueble por el comprador¹⁴. No obstante, se debe indagar si la causa del préstamo hipotecario cuya comisión se impone ha sido realmente financiar la adquisición, o si con esta fórmula se disimula la imposición de los gastos de cancelación de un préstamo cuya verdadera causa fue la de financiar la construcción¹⁵.

Respecto de los gastos de otorgamiento de la escritura pública, la referencia que hace el actual art. 89.3 TRLGDCU a la “ley”, en lugar de a la “ley imperativa” (mención que contenía el antiguo número 22 de la Disposición Adicional 1. LGDCU), hace surgir la duda de si la distribución de gastos que realiza el art. 1455 CC (los gastos de otorgamiento de la escritura pública corresponden al vendedor, y los de primera copia y posteriores al comprador, salvo pacto en contrario) se hace imperativa en los contratos con consumidores¹⁶. La actual remisión a la “ley”, sin mayores aditamentos, conduciría a afirmar el carácter abusivo, en todo caso, de la cláusula que impusiere el pago de los gastos de otorgamiento de la escritura pública al comprador¹⁷. No obstante, es realmente llamativo que en el elenco de gastos enumerados en el art. 89.3.a) TRLGDCU nada se diga acerca de la repercusión de los gastos de otorgamiento de la escritura pública al comprador¹⁸. La mayoría de la doctrina considera que la validez de la cláusula que impone los gastos de otorgamiento de la escritura pública al comprador depende de que éste la haya consentido por haberla conocido y valorado. Esta cláusula puede ser abusiva cuando por un defecto de transparencia en su predisposición pasa inadvertida para el comprador, suponiendo una alteración subrepticia del acuerdo económico de las partes¹⁹. Los gastos de inscripción de la vivienda en el Registro de la Propiedad, en cuanto que posteriores a la venta, serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario.

– “*La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación*” (art. 89.3.b TRLGDCU)

El art. 89.3.b) declara la nulidad por abusiva de la cláusula que impone la subrogación del comprador y, en su caso, de la pena prevista para el caso de no hacerlo. Dicho precepto se refiere claramente a la hipoteca del promotor, es decir, la constituida por éste en su propio interés y en garantía del préstamo para financiar la construcción. La cláusula que obliga al comprador, sin otra alternativa, a subrogarse en la hipoteca del empresario es abusiva en tanto que le impone el pago de la comisión de cancelación en caso de concertar una nueva hipoteca con otra entidad financiera²⁰.

No obstante, la cláusula de subrogación en la hipoteca puede adquirir legitimación cuando haya sido individualmente negociada²¹. También se admitirá la cláusula de subrogación cuando no obligue al consumidor, sino que sea configurada como una libre opción para financiar la adquisición. La cláusula que permite al comprador elegir entre subrogarse en la hipoteca constituida por el promotor para financiar la construcción o concertar una hipoteca con otra entidad, debiendo en este último caso satisfacer la comisión de cancelación del primitivo préstamo hipotecario, no es lícita: su licitud exigiría de una alternativa entre subrogarse o suscribir un préstamo hipotecario con otra entidad, sin coste alguno de cancelación para el comprador si optase por lo segundo²².

La cláusula de subrogación en la hipoteca puede adquirir legitimación cuando haya sido individualmente negociada

Un sector doctrinal considera también abusivas cláusulas más sutiles, que aparentemente conceden plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo. Así, por ejemplo, aquéllas que conceden al comprador un plazo muy breve para otorgar la escritura pública de compraventa y nuevo préstamo hipotecario (diez o quince días a partir del momento de la obtención de la licencia de primera ocupación o de cualquier otra fecha que señale el promotor), lo cual obliga *de facto* al comprador a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor, ante la imposibilidad de gestionar en ese plazo otra financiación²³.

En definitiva, será válida la cláusula que atribuya al consumidor la opción entre subrogarse o cancelar el préstamo hipotecario, siempre que la cancelación se realice sin gastos y se le conceda un plazo razonable para gestionar un préstamo hipotecario con otra entidad crediticia antes del otorgamiento de la escritura pública²⁴. Además, para que la subrogación

prevista en el contrato no sea abusiva por un defecto de transparencia, será necesario que se facilite al consumidor cumplida información de todos los extremos del préstamo en cuyo pago se subroga así como de todos los gastos asociados y consecuencias económicas de la operación²⁵.

– “*La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario*” (art. 89.3.c TRLGDCU)

La letra c) del art. 89.3 TRLGDCU se redactó a la vista de la problemática judicial suscitada en relación a cláusulas contractuales de redacción vaga e imprecisa y en cuya virtud se trasladaba indiscriminadamente al comprador todo tipo de impuestos y arbitrios cuya cuantía no se concretaba²⁶. Como correctamente afirma la SAP Murcia 13 febrero 2001 (JUR 2001, 117092), cuando, según la ley, el sujeto pasivo del impuesto sea el vendedor es necesario que la cláusula contractual que imponga su pago al comprador sea clara y precisa en tal sentido, no siendo suficiente una expresión genérica y ambigua del tipo “serán de cuenta exclusiva de la parte compradora los gastos e impuestos que ocasione esta escritura”²⁷. Los impuestos constituyen una parte importante del desembolso económico total que deberá realizar el adquirente de una vivienda. Por ello, el consumidor tiene especial interés en conocer el tipo de impuestos que gravarán la compraventa, su cuantía concreta y la persona legalmente obligada a su pago (el comprador o el vendedor). En consecuencia, la normativa general protectora de los derechos de los consumidores exige que en la información previa al contrato se haga referencia al “precio completo, incluidos los impuestos” (art. 60.2.b TRLGDCU). Con mayor concreción, la normativa específica protectora del adquirente de vivienda obliga al empresario a proporcionar “información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda” (arts. 5.3 y 6.1 RD 515/1989). Debe entenderse que esta exigencia abarca tanto los impuestos directos (*v. gr.*, IBI) como indirectos (fundamentalmente IVA). En consecuencia, el promotor estará obligado a informar al consumidor acerca de los siguientes impuestos: Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados e Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Examinemos separadamente cada uno de ellos.

a) Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (conocido como plusvalía)

Este impuesto somete a gravamen el aumento de valor de la vivienda puesto de manifiesto en el momento de la venta. El sujeto pasivo es el

vendedor de la vivienda debido a que es quien se beneficia del incremento de su valor. Hasta la reforma operada por la Ley 44/2006, de mejora de la LGDCU (en la actualidad, art. 89.3.c TRLGDCU), nuestra legislación no contenía previsión alguna acerca de las cláusulas contractuales que repercutían al comprador el pago del impuesto de plusvalía, hallándose la doctrina de las Audiencias Provinciales dividida²⁸. El actual art. 89.3.c) TRLGDCU zanja la cuestión, habiendo quedado meridianamente claro que es nula por abusiva la cláusula que impone al consumidor-comprador el pago del impuesto de plusvalía²⁹.

b) Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)

El IVA sujeta a gravamen las transmisiones a título oneroso realizadas por empresarios a consumidores. Este impuesto grava únicamente la primera venta de vivienda, quedando exentas las posteriores. La persona obligada al pago del IVA es el comprador dado que el empresario-vendedor está obligado a repercutir tal impuesto sobre el adquirente. El sujeto pasivo del IVA es, pues, el comprador, por lo que dicho impuesto no encaja en el supuesto de hecho del art. 89.3.c) TRLGDCU³⁰. De este modo, la cláusula que establezca que el pago del IVA será de cuenta exclusiva del comprador es perfectamente lícita aunque superflua, ya que tal pago correspondería igualmente al comprador de no haberse pactado nada al respecto³¹. Por otra parte, en virtud de lo establecido por el art. 6.1 RD 515/1989, se entenderá que el precio total de la venta incluye el IVA, si la venta se hallase sujeta a este impuesto.

c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)

El ITPAJD grava las transmisiones onerosas de viviendas, mas las compraventas sujetas al IVA quedan excluidas del pago del concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas” del ITPAJD. En cualquier caso, el sujeto pasivo del ITPAJD es el comprador de la vivienda, por lo cual no es encuadrable en el art. 89.3.c) TRLGDCU³². La elevación del contrato de compraventa a escritura pública se encuentra sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, siendo sujeto pasivo el comprador³³, por lo que tampoco encaja en el supuesto de hecho del citado art. 89.3.c) TRLGDCU.

d) Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI)

El IBI grava la propiedad de los bienes inmuebles, no su transmisión. En consecuencia, es abusiva la cláusula que traslade al consumidor los tributos que, como el IBI, gravan la propiedad, antes de tener lugar la transmisión³⁴, es decir, es abusivo pretender el pago del IBI por los compradores mientras el promotor-vendedor siga siendo el propietario de la vivienda³⁵. La *ratio* del art. 89.3.c)

TRLGDCU puede avalar el carácter abusivo de la cláusula que imponga al comprador el pago del IBI si el día del devengo no era titular de la vivienda³⁶.

– *“La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad”* (art. 89.3.d TRLGDCU)

Deben considerarse abusivas las cláusulas que incrementen el precio ofertado con gastos que son necesarios para el cumplimiento íntegro de la prestación con arreglo a lo pactado, es decir, aquéllas que repercutan al comprador, al margen del precio final, los gastos propios de la ejecución de la obra³⁷ o los de acceso a suministros generales de la vivienda³⁸. Desde el momento en que el vendedor está obligado a entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad, tanto físicas y arquitectónicas, como administrativas y fiscales, es abusiva la cláusula por la que el consumidor habrá de asumir los gastos de acceso a suministros básicos, como las tasas por enganche o acometida a la red de agua, alcantarillado, gas o electricidad³⁹.

3. Cláusulas sobre superficie, conformidad en la entrega y fecha de entrega

En la compraventa de vivienda sobre plano o en una fase poco avanzada de construcción resulta esencial para el consumidor que se determine con precisión el bien que ha de ser entregado (fundamentalmente, la superficie de la vivienda), así como la fecha en que el consumidor podrá disfrutar de la vivienda⁴⁰. El promotor estará obligado a informar al consumidor sobre dichos extremos⁴¹.

– Cláusulas sobre superficie

Son frecuentes las cláusulas que limitan la responsabilidad del vendedor por defecto de cabida (incumplimiento contractual), con el objetivo de impedir la aplicación de los remedios *ex art.* 1469 CC y que quede sometida la venta al régimen establecido por el art. 1471 CC⁴². Se considera abusiva la cláusula predispuesta que establece que el inmueble se vende a tanto alzado (art. 1471 CC) cuando por su naturaleza (incluida la ubicación, pues cuanto más caro sea el suelo, más razonable es que el precio se haya estipulado por unidad de medida), las circunstancias del contrato y el resto de las estipulaciones del contrato resulte palmario que el precio se estipuló por unidad de medida (art. 1469 CC)⁴³.

También debe considerarse abusiva la práctica consistente en transformar el pacto inicial, en documento privado, de venta de inmueble por unidad de medida, en venta a tanto alzado y de cuerpo cierto al otorgar la escritura pública⁴⁴. Tradicionalmente, la jurisprudencia había venido interpretando esta cláusula como constitutiva de una novación contractual, que impedía al comprador dirigirse contra el vendedor alegando incumplimiento de lo pactado en el contrato privado inicial en caso de que la cabida fuese menor de la expresada en el mismo (STS 3 noviembre 1982 [RJ 1982, 6522]). La jurisprudencia actual no admite la calificación de este supuesto como venta de cuerpo cierto *ex art.* 1471 CC, por ser cosa futura (el comprador no la puede visualizar en el momento en que se perfecciona la venta) y tener la cabida carácter esencial para el comprador⁴⁵.

Por último, las cláusulas que no especifiquen si los metros consignados en el contrato son útiles o contruidos deben, según la STS 20 marzo 2002 (RJ 2002, 2852), considerarse abusivas e interpretarse a favor del consumidor en el sentido de ser metros útiles, con el subsiguiente incumplimiento contractual por defecto de cabida⁴⁶.

– Cláusulas sobre conformidad en la entrega

La valoración de la cláusula de recepción de la vivienda “a plena satisfacción del vendedor” como abusiva o no dependerá de si es subsumible en el supuesto de hecho del art. 89.1 TRLGDCU, esto es, declaraciones de conformidad sobre hechos ficticios. La cláusula será sin duda abusiva si el comprador no tuvo la oportunidad de confrontar la prestación pactada con la efectivamente ejecutada, por no haber llegado a examinar la vivienda. No obstante, la doctrina también suele considerar abusiva la cláusula cuando la revisión efectuada por el consumidor es insuficiente para apreciar vicios no ocultos que sólo podrían detectarse al habitar la vivienda⁴⁷. Dichas revisiones inexistentes o insuficientes no implican la renuncia a toda reclamación posterior⁴⁸.

– Cláusulas sobre la fecha de entrega

Según el art. 85.8 TRLGDCU serán abusivas las cláusulas que supongan la consignación de “fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario”. En consecuencia, sólo serán válidas aquéllas que subordinen la entrega del inmueble a circunstancias objetivas e imprevisibles⁴⁹. Serán inadmisibles las cláusulas que dejen totalmente indeterminada la fecha de entrega, siendo objeto de polémica aquellas cláusulas que fijen la fecha

de entrega por referencia a la fecha de concesión de la licencia de obra o de primera ocupación⁵⁰. Tampoco serán válidas aquellas cláusulas que, una vez vencido al plazo inicialmente fijado, obligan al consumidor a optar entre resolver el contrato o conceder una prórroga *sine die*⁵¹.

4. Cláusulas sobre modificación del proyecto o del precio

– Cláusulas sobre modificación del proyecto

Las cláusulas que permiten al promotor modificar las condiciones y calidades del inmueble son bastante frecuentes en las compraventas sobre plano, pues a lo largo del proceso constructivo pueden sobrevenir circunstancias que impidan el exacto cumplimiento de lo pactado. Como la mera aplicación del art. 1182 CC no parece adecuada, se admite que el promotor se proteja frente a ciertos riesgos imprevistos, pero sin poder trasladar todos los riesgos inherentes al proceso constructivo sobre el comprador: el punto de equilibrio viene dado por el art. 85.3 TRLGDCU que considera abusivas las cláusulas que permitan al empresario modificar unilateralmente el contrato siempre y cuando las modificaciones no se deban a motivos válidos especificados en el contrato⁵². La reserva del promotor de la facultad de modificación unilateral del contrato, alterando el proyecto de obra o la memoria de calidades, sólo será válida en caso de circunstancias imprevisibles, ajenas a su ámbito de control y que determinen alteraciones de escasa entidad⁵³.

La STS 4 de diciembre 1998 (RJ 1998, 8788) declaró abusiva una cláusula predispuesta que permitía hacer modificaciones del proyecto inicial “al no referirse a alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminasen toda posible situación de efectiva merma funcional” de los pisos ofertados⁵⁴. En tales circunstancias, el comprador podrá exigir la ejecución de la prestación en los términos establecidos (SAP Granada 3 marzo 2006 [JUR 2006, 185300]), una reducción proporcional del precio o, incluso, la resolución de la compraventa si las modificaciones son sustanciales (STS 16 noviembre 2002 [RJ 2013, 1615])⁵⁵.

– Cláusulas sobre modificación del precio

El art. 85.10 TRLGDCU sólo considera lícita la cláusula que permite al empresario aumentar el precio pactado cuando existan razones objetivas y se haya otorgado al comprador el derecho de desistimiento en el caso de que el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado. Serían

abusivas por falta de concreción de las razones objetivas las cláusulas que establecieran que “la empresa se reserva el derecho a adaptar el precio si las circunstancias cambian”, “precio sin compromiso” o “sujeto a variación”. Sería también abusiva la cláusula que permitiera un aumento del precio en caso de encarecimiento de las materias primas o de los salarios, porque se trata de una circunstancia previsible y que forma parte del riesgo empresarial asumido por el promotor⁵⁶. Tan sólo sería válida aquella cláusula que permitiera un aumento del precio por el encarecimiento de las materias primas por hechos absolutamente imprevisibles y ajenos a la normal evolución de los precios en el mercado⁵⁷.

5. Otras cláusulas abusivas

Se reputa abusiva la cláusula que transmite al comprador las consecuencias económicas de los errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (art. 89.2 TRLGDCU)⁵⁸. Son abusivas las cláusulas que impongan bienes o servicios no solicitados (art. 89.4 TRLGDCU), como aquéllas que obligan al comprador a concertar un eventual arrendamiento de la vivienda a través de una agencia inmobiliaria designada por el vendedor (SAP Alicante 5 julio 2005 [AC 2005, 1430]) o a gestionar la inscripción registral por medio de una entidad designada por dicho vendedor⁵⁹.

Es abusiva la cláusula que altera, en perjuicio del comprador, las reglas de competencia judicial, con sumisión a un Tribunal distinto al que corresponda al domicilio del comprador, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquél donde se encuentra el inmueble (art. 90.2 TRLGDCU)⁶⁰. Igualmente, debe considerarse abusiva la cláusula que imponga al consumidor la renuncia al derecho a elegir Notario (art. 89.8 TRLGDCU)⁶¹.

Han sido consideradas abusivas por ser contrarias a las exigencias de reciprocidad (art. 87 TRLGDCU) aquellas cláusulas que regulan de manera desequilibrada las consecuencias del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de las partes. Así, por ejemplo, se ha estimado abusiva la cláusula que fija una penalización por retraso en la obligación del comprador de pagar el precio en la fecha pactada, cuando la penalización en caso de retraso del promotor en el cumplimiento de la obligación de entrega del inmueble no sea idéntica⁶². La STS 3 junio 2008 (RJ 2008, 4170) declara abusiva por falta de reciprocidad la cláusula de arras en la que se pactaba que si el comprador desistía, perdía las arras entregadas, mientras que si lo hacía el vendedor, no las devolvía dobladas,

sino que simplemente devolvía la misma cantidad recibida⁶³. Esta estipulación contraviene no sólo el art. 1454 CC, sino también el art. 87.2 TRLGDCU, que considera abusiva la cláusula que prevea la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario⁶⁴. Obviamente, tampoco es admisible la cláusula que establece que si el comprador desiste, pierde la cantidad entregada, mientras que si desiste el promotor, no ha de devolver ni siquiera lo que recibió del comprador⁶⁵.

Deben considerarse abusivas las cláusulas que establecen que, en caso de resolución, el vendedor puede retener en concepto de penalización por incumplimiento las cantidades que hasta ese momento haya satisfecho el comprador en concepto de pago del precio, en la medida que impongan al consumidor una “indemnización desproporcionadamente alta” (art. 85.6 TRLGDCU). Para poder valorar cuando la indemnización prevista es desproporcionadamente alta es necesario tener presente la doble función que se atribuye a las cláusulas penales. Por un lado, las cláusulas penales tienen una función liquidatoria de la responsabilidad, pues valoran anticipadamente los daños y perjuicios causados por el incumplimiento sin que sea necesario probarlos en el caso concreto y, por otro, una función coercitiva o sancionatoria, en cuanto tratan de asegurar el correcto cumplimiento de una obligación⁶⁶. En consideración a esta doble función, el juicio de proporcionalidad de una cláusula penal debe partir de los daños típicos que causa el incumplimiento, pero sin olvidar que la finalidad coercitiva o sancionatoria permite que la indemnización se eleve respecto de la valoración típica de estos daños, puesto que para que la cláusula penal constituya un estímulo del cumplimiento exacto ha de suponer un plus de onerosidad para el incumplidor⁶⁷. Contemplada la cláusula penal desde la primera perspectiva (función liquidatoria), los Tribunales no suelen considerarla abusiva, pues a pesar de reconocer que otorga un trato más favorable al vendedor (el comprador, en caso de que el vendedor incumpla, deberá acreditar en el correspondiente pleito la existencia y cuantía de los daños), estiman que no se trata de una ventaja importante⁶⁸. En cambio, vista desde su función coercitiva (cláusula que permite al vendedor retener cantidades entregadas anticipadamente por el comprador y que supone agravar las consecuencias del incumplimiento por parte de éste), su carácter abusivo por implicar una indemnización desproporcionadamente alta *ex art.* 85.6 TRLGDCU dependerá de la cuantía de la penalización prevista en proporción al precio total del inmueble, teniendo en cuenta, además, el daño efectivo que el incumplimiento del comprador puede irrogar al vendedor, lo que dependerá del importe del crédito que éste tenga

que satisfacer para financiar la promoción, de la dificultad para encontrar otro comprador de acuerdo con las condiciones de mercado y de la posible devaluación del precio de la vivienda⁶⁹.

El art. 86 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que supongan la imposición de renunciaciones o limitaciones de los derechos del consumidor. En el ámbito de la compraventa inmobiliaria resultaría abusiva la cláusula de renuncia a los avales o garantías exigidas a los promotores para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas en la venta de vivienda (Ley 57/1968) o a los seguros que exige de Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación⁷⁰. También serían abusivas aquéllas que limitan la responsabilidad del vendedor por defectos de calidad respecto de lo inicialmente publicitado u ofertado⁷¹.

Para finalizar, con arreglo a la cláusula general del antiguo art. 10 bis LGDCU (equivalente al actual art. 82.1 TRLGDCU), ha sido considerada abusiva por ser contraria a la buena fe y originar un desequilibrio importante de derechos y obligaciones la cláusula que repercute al comprador el pago del impuesto de plusvalía⁷².

Notas

* Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹ En cambio, el antiguo art. 1.2 LGDCU sí mencionaba específicamente a los bienes inmuebles, por lo que, según la doctrina más autorizada, cabía hablar de consumidor de inmuebles y, en particular, de viviendas. Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1994, p. 25.

² Por otra parte, el RD 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, constituye una prueba del inequívoco reconocimiento legal de la condición de consumidor del adquirente de vivienda.

³ Así, por ejemplo, la compra de un inmueble para instalar un despacho profesional no podrá beneficiarse de la aplicación de la normativa tuitiva en materia de cláusulas abusivas (STS 28 mayo 2014 [RJ 2014, 3354]). Respecto de la problemática especial que plantean los llamados “actos mixtos” o adquisiciones para doble uso personal y profesional, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, Madrid, 2011, pp. 144-146.

⁴ El comprador pierde su condición de consumidor si su operación persigue una finalidad especulativa (STS 8 octubre 2012 [RJ 2012, 9027]). Suscitando muchas dudas las cláusulas del siguiente tenor: “la parte compradora podrá escriturar a nombre de las terceras personas, físicas o jurídicas, que estime conveniente”. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, “Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, II, Cizur Menor, 2013, p. 1078.

⁵ Esta segunda hipótesis (cláusulas incluidas en contratos con consumidores que a pesar de no haber sido negociadas individualmente con el consumidor, no sean condiciones generales de

la contratación por no haber sido redactadas con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos) parece algo extraña.

⁶ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1077; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda”, en *Estudios sobre Consumo*, 2006, núm. 77, p. 23.

⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Bercovitz, Cizur Menor, 2009, p. 930; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 737.

⁸ La acertada supresión de la referencia a la “primera venta de viviendas” implica que el art. 89.3 TRLGDCU sea aplicable a todo tipo de compraventas de consumo cuyo objeto sea una vivienda (segundas ventas de viviendas tras rehabilitaciones o viviendas adquiridas por un empresario para revenderlas). Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 920.

⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 928 y 1120-1122; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 24-27.

¹⁰ MORALES IMBERNÓN, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por Bercovitz, Navarra, 1999, pp. 1191-1192.

¹¹ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1123, texto y nota 468.

¹² SSTs 1 junio 2000 (RJ 2000, 5090), 24 julio 2002 (RJ 2002, 6491) y 22 abril 2005 (RJ 2005, 3751).

¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 25 ss., analiza las diferentes variantes que pueden presentar estas cláusulas.

¹⁴ Así lo ha declarado la jurisprudencia menor: SSAP Madrid 15 abril 2005 (JUR 2006, 106163) y Sevilla 28 marzo 2006 (JUR 2007, 43272).

¹⁵ SAP Madrid 23 septiembre 2002 (JUR 2002, 27337). PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 27, afirma que la prueba de la verdadera naturaleza del préstamo cuya comisión de cancelación se impone al comprador corresponde a este último; dicha prueba no será fácil al precisar de la colaboración de la entidad prestamista, por lo que señala que se podrá procurar la declaración de abusividad de esta cláusula por otra vía, en cuanto supone imponer al consumidor un servicio accesorio a la prestación principal de entregar el inmueble que no ha sido solicitado.

¹⁶ Puede verse un resumen de la polémica doctrinal en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1121.

¹⁷ Sin embargo, parece más razonable considerar dicha cláusula sólo como presuntamente abusiva. Así, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 919 y 921.

¹⁸ La falta de mención específica acerca de la licitud o no de la repercusión al consumidor de este tipo de gastos es señalada por la doctrina: cfr. ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas de repercusión de IVA, Plusvalía y otros costes del contrato”, en *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, II, Cizur Menor, 2013, p. 993; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1081-1082; MARTÍN OSANTE, “La defensa de los consumidores en la compraventa de viviendas tras la entrada en vigor del texto refundido 1/2007”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2010, núm. 24, p. 111. Aunque algunos autores estiman que los gastos de otorgamiento de la escritura pública pueden ser encuadrados en la genérica expresión gastos de “preparación de la titulación” (DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por Bercovitz y Salas, Madrid,

1992, p. 308), parece más acertado lo contrario: gastos de preparación de la titulación no equivalen a gastos de la titulación misma, “que no es un acto realizado unilateralmente por el promotor, sino conjuntamente con el comprador” (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 28). En el mismo sentido, SAP Soria 22 julio 2002 (JUR 2002, 246515).

¹⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 29. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Cizur Menor, 2012, p. 580; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1082; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 1121-1122; MARTÍN OSANTE, *op. cit.*, p. 111. Diversamente, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 919-922, considera que la falta de contemplación expresa en el art. 89.3.a) TRLGDCU de los gastos de otorgamiento de la escritura pública no es argumento suficiente para negar el carácter presuntamente abusivo de las cláusulas que contravengan en perjuicio del consumidor el derecho dispositivo (en nuestro caso, el art. 1455 CC), salvo que se demuestre por el empresario que no es contraria a la buena fe y que no causa un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. En cualquier caso, este autor considera sumamente conveniente un pronunciamiento legislativo para atajar la inseguridad jurídica creada por las reformas introducidas en el TRLGDCU y su interacción con la añeja previsión del art. 1455 CC.

²⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 25.

²¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1126; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 26-27. La prueba de que la cláusula de subrogación ha tenido carácter negociado recae sobre el empresario: las SSAP Asturias 10 enero 2002 (AC 2002, 71004) y La Rioja 30 diciembre 2002 (AC 2002, 44255) lo consideran probado porque otros contratos de compraventa suscritos para la misma promoción de viviendas no incluían la cláusula de subrogación; la SAP Madrid 18 febrero 2011 (AC 2011, 847), porque la constitución y subrogación del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda fueron negociados por el vendedor con la autorización del comprador.

²² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 25.

²³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 25. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, “La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?”, en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2012, núm. 4, pp. 101-102; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1080, nota 16.

²⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 26.

²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1127; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 26. En este sentido, el TRLGDCU hace referencia a la información previa a la celebración del contrato a que tiene derecho el consumidor, entre la que se incluye expresamente la financiación y otras condiciones de pago (art. 60.2.b). Además, en virtud del art. 6.1.4 RD 515/1989, el promotor está obligado a facilitar al comprador el nombre del Notario autorizante de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, fecha de ésta, los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a la vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades pendientes, con el fin de que el comprador pueda valorar la conveniencia o no de subrogarse en dicho préstamo.

²⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1127. Como ejemplo de estas cláusulas genéricas puede verse la SAP Málaga 5 octubre 2005 (JUR 2005, 136969). PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 28, considera nula por abusiva la cláusula que de manera genérica dispone que “los impuestos, gastos y arbitrios que se originen por los actos derivados de este contrato serán de cuenta de la parte

compradora”, en tanto que no permiten que el consumidor pueda hacerse una representación exacta de la repercusión que los mismos tienen en el montante económico total de la operación.

²⁷ Cfr. ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 988.

²⁸ Mientras que gran parte de las Audiencias admitían la validez de este tipo de cláusulas al amparo de la libertad contractual *ex arts.* 1255 y 1455 CC, otras muchas consideraban que la cláusula era ilícita, bien por un defecto de transparencia, bien por ser contraria a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones. Sobre ello, cfr. DE LA FUENTE, “La repercusión al comprador del impuesto de plusvalía”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coordinado por Cañizares Laso, Madrid, 2006, p. 135; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1128, texto y notas 482 y 483.

²⁹ Cfr. ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 996; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 924; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1082.

³⁰ Así, ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 996. En este sentido, la STS 10 marzo 2010 (RJ 2010, 2339) afirma que la cláusula por la que corrían a cargo del adquirente los “impuestos que gravan la transmisión, siendo de su cuenta el abono de dichos impuestos y demás gastos que puedan originarse”, con la excepción del impuesto de plusvalía, incluye el IVA en tanto que es un impuesto ligado a la transmisión como hecho imponible.

³¹ MARTÍN OSANTE, *op. cit.*, p. 113.

³² ÁLVAREZ LATA, “Cláusulas...”, cit., p. 996; MARTÍN OSANTE, *op. cit.*, pp. 110 y 113.

³³ Cfr. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 570.

³⁴ Así lo señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1129, texto y nota 485.

³⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083.

³⁶ En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 926. La jurisprudencia tiende a declarar abusiva la cláusula que impone el IBI al consumidor que compra la vivienda cuando, con arreglo a la Ley, no le corresponda satisfacerlo: SSAP Jaén 22 septiembre 2000 (JUR 2000, 301237) y Valencia 20 noviembre 2006 (JUR 2007, 123180) y 9 diciembre 2008 (AC 2009, 538).

³⁷ Según la SAP Pontevedra 28 mayo 2003 (JUR 2003, 229625), el vendedor no tiene sólo la obligación de entregar, sino también la de terminar la obra.

³⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1129; PERTÍÑEZ VILCHEZ, *op. cit.*, p. 29.

³⁹ SSAP Asturias 24 enero 2008 (AC 2008, 514) y 18 febrero 2014 (JUR 2014, 89595). Dichos servicios tienen carácter esencial y forman parte inseparable del propio edificio, no siendo en absoluto concebible la posibilidad de entrega de una vivienda sin los mismos. Aquella antigua línea jurisprudencial (SAP Vizcaya 8 febrero 2006 [JUR 2006, 156836]) que consideraba válido el pacto de atribución de los gastos de enganche a los compradores por la vía de subsumirlos en los “gastos de otorgamiento de la escritura” *ex art.* 1455 CC no es ya admisible en virtud de lo dispuesto en el art. 89.3.d) TRLGDCU.

⁴⁰ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083.

⁴¹ Así lo establecen los arts. 4.3 (descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil) y 5.5 (en caso de que la vivienda no se encuentre totalmente edificada, se hará constar la fecha de entrega) del RD 515/1989.

⁴² El art. 1469 CC dispone que cuando el precio de un inmueble se hubiese estipulado por unidad de medida, en caso de defecto de cabida, el comprador podrá optar entre una rebaja proporcional del precio o la resolución del contrato. En cambio, cuando el precio se pacta a tanto alzado o por cuerpo

cierto, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida de la expresada en el contrato (art. 1471 CC).

⁴³ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 855; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 33-34.

⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 855; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1083-1084. En este sentido, SSAP Cantabria 27 diciembre 2000 (JUR 2000, 12087) y Sevilla 24 octubre 2006 (JUR 2007, 183291).

⁴⁵ STS 20 marzo 2002 (RJ 2002, 2852); SAP Barcelona 25 abril 2003 (JUR 2003, 260834). Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 932; PEÑA LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz, Cizur Menor, 2006, pp. 1751-1752.

⁴⁶ En el mismo sentido, STS 7 diciembre 2006 (RJ 2006, 9887). Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 855. La citada STS 20 marzo 2002 considera que la falta de indicación de la superficie útil en el contrato supone un incumplimiento de los requisitos de transparencia, y que la cláusula que alude a una superficie que se corresponde con la construida y no con la útil, “ha de equipararse a una cláusula abusiva que perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al consumidor”. Como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 34, la declaración de abusividad de la cláusula que establece una superficie de la vivienda que se corresponde con la construida y no con la útil dará lugar a un problema de defecto de cabida.

⁴⁷ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1084; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1112. Habrían de distinguirse, pues, dos tipos de hechos, los ficticios (falsa afirmación del comportamiento del consumidor, a saber, que ha inspeccionado la vivienda) y los insuficientes (la revisión realizada por el consumidor no es suficiente para advertir la existencia de vicios).

⁴⁸ STS 16 marzo 2011 (RJ 2011, 2877). Para la validez de la cláusula de la escritura pública por la que se manifiesta haber revisado la vivienda y encontrarse ésta en buenas condiciones es necesario que el comprador haya “enumerado, descrito e individualizado cada uno de los defectos observados que asumía, esto es, que no obstante existir, no darían lugar a reclamación por su parte” (SAP Murcia 7 julio 2008 [JUR 2008, 362800]).

⁴⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 35, señala que la fecha de entrega no tiene que establecerse con una precisión diaria sino que puede referirse a un intervalo concreto de tiempo (*v. gr.*, mensual o trimestral).

⁵⁰ Aunque algunas sentencias descartan la total indeterminación (STS 11 abril 2013 [RJ 2013, 3490]), otras, con mejor criterio, sí la declaran. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1085, texto y nota 43. Las SSTs 21 marzo y 3 julio 2013 (RJ 2013, 3087 y 5913) declaran abusivas por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor las cláusulas que establecen un plazo confuso de entrega: plazo de entrega de un bloque de viviendas en construcción en un período máximo de treinta meses desde la fecha de concesión de la licencia de primera edificación, con prórrogas a discreción de la promotora y pactos circunstanciales de otros plazos. En cambio, la STS 26 mayo 2014 (RJ 2014, 3880), en un supuesto de compraventa sobre plano de vivienda futura en un proyecto constructivo de cierta envergadura, estima que la cláusula de entrega de la vivienda a los dieciocho meses de la iniciación de las obras no es abusiva por no existir indeterminación del plazo: el Alto Tribunal considera que tanto la obra como su tramitación administrativa eran complejas y que, por ello, no se podía ser más preciso en la fijación del plazo de entrega.

⁵¹ GONZALEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 1003-1004. La SAP Madrid 28 enero 2013 (JUR 2013, 86528) no considera abusiva la cláusula que prevé una prórroga de duración determinada, salvo que dicha prórroga sea excesivamente amplia.

⁵² Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 30.

⁵³ Supondrá una modificación sustancial una reducción significativa de la superficie de la vivienda (SAP Pontevedra 27 noviembre 2006 [JUR 2009, 214132]), mientras que un cambio de ubicación de una piscina será una modificación no sustancial (SAP Málaga 27 septiembre 2010 [JUR 2011, 83258]). Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1086.

⁵⁴ En el mismo sentido, la STS 23 marzo 1999 (RJ 1999, 2382) considera abusiva la cláusula en cuya virtud el promotor se reservaba la facultad de realizar las reformas que estimase oportunas en la ejecución de los bloques en construcción. Según la SAP Madrid 24 marzo 2008 (JUR 2008, 207226), la cláusula de modificación genérica infringe el art. 85.3 TRLGDCU porque “con esta disposición se deja el contrato vacío de contenido, en tanto el vendedor podrá construir lo que quiera, sin que el comprador pueda oponerse pese a lo que se comprometía a edificar”.

⁵⁵ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1087; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1083, nota 33.

⁵⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸ Según la SAP León 15 mayo 2008 (JUR 2008, 331013), la solicitud de la licencia de primera ocupación con retraso, en concreto, cuatro meses después de la fecha pactada para la entrega, constituye un error de gestión del vendedor cuyas consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el comprador.

⁵⁹ También serán abusivas las que obliguen a concertar un contrato de seguro para la vivienda o a celebrar contratos de mantenimiento con una empresa determinada. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1084-1090; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁰ SAP Córdoba 20 octubre 2006 (JUR 2007, 166350).

⁶¹ Se reconoce al consumidor el derecho a la elección de Notario con el límite de que exista una conexión razonable con alguno de los elementos reales o personales del negocio (arts. 126 Reglamento Notarial y 5.4.b) RD 515/1989). Cfr. SAP Asturias 15 noviembre 1995 (AC 1995, 2166).

⁶² SAP Asturias 3 mayo 2005 (JUR 2005, 137827): penalización del 6% sobre el precio del inmueble en caso de retraso del comprador en el cumplimiento, sin previsión similar para el caso de incumplimiento imputable al vendedor.

⁶³ En el mismo sentido, SSTS 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281). Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 1090, nota 389, la facultad de desistimiento sólo en apariencia era bilateral, pues de hacerlo el consumidor perdía lo entregado, en concepto de indemnización de daños, mientras que el vendedor no sufría ningún menoscabo económico al desistir: se limitaba a devolver la cantidad inicialmente recibida.

⁶⁴ Debemos señalar que es indiferente que se califique el contrato como de arras o de reserva (en el caso concreto de la citada STS 3 junio 2008 se hablaba de pérdida de lo entregado “en concepto de reserva”). Sobre estos pactos de arras o reserva, cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 876-877.

⁶⁵ SAP Castellón 21 septiembre 2012 (AC 2012, 1902).

⁶⁶ Sobre esta doble función, cfr. SSTS 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281), que además señalan que, con frecuencia, las cláusulas penales cumplen ambas funciones.

⁶⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por Cámara Lapuente, Madrid, 2011, pp. 814-815.

⁶⁸ Por todas, SAP Madrid 8 febrero 2013 (JUR 2013, 112811). Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1088-1089.

⁶⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios...*, cit., p. 819, quien, además, señala que en la determinación de los daños que el incumplimiento del comprador puede causar al vendedor e, indirectamente, en la valoración de la razonabilidad de la cláusula de retención de las cantidades entregadas, tienen especial relevancia las circunstancias del mercado inmobiliario. En este sentido, cfr. SSTs 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281). Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1089, considera que la retención de cantidades, en su faceta de pena cumulativa, supone una patente vulneración de la exigencia de reciprocidad *ex art.* 87 TRLGDCU cuando sólo se prevea para el caso de incumplimiento del comprador.

⁷⁰ La SAP Alicante 28 junio 2007 (JUR 2007, 258032) considera abusiva la renuncia de los compradores a interponer reclamaciones por retraso en la entrega de la vivienda a cambio de que la conexión al servicio eléctrico fuese realizada a costa de la empresa vendedora, por causar un desequilibrio de derechos y obligaciones perjudicial para el consumidor (el retraso en la efectiva entrega de la vivienda fue superior a un año). Las SSAP Cantabria 27 diciembre 2000 y Sevilla 24 octubre 2006, en relación a cláusulas no negociadas en las que en el momento de elevar a documento público una compraventa que se acordó en documento privado por unidad de medida (es decir, con unos metros y cabida concretos), cuando en la escritura pública se inserta la referencia a que la compra es de un “cuerpo cierto” (con menor superficie), declaran su carácter abusivo, por implicar una “renuncia de los compradores a la integridad del objeto adquirido en el inicial contrato privado sin repercusión en el precio pactado”. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 837.

⁷¹ No obstante, la STS 15 marzo 2010 (RJ 2010, 2347) hace prevalecer la memoria de calidades que se adjuntó a la escritura pública de compraventa sobre la que se facilitó en la fase previa a la celebración del contrato.

⁷² SSTs 25 noviembre 2011 (RJ 2012, 576) y 12 marzo 2014. Las SSTs 15 y 21 abril 2014 (RJ 2014, 3122 y 3281) consideran que la diferencia de trato que implican las cláusulas penales en su función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que causa el incumplimiento (ahorran un procedimiento judicial al vendedor para determinar la indemnización por incumplimiento del comprador, mientras que el comprador que pretenda ser indemnizado por incumplimiento del vendedor habrá de probar los daños y perjuicios sufridos) puede superar el control de abusividad si su aplicación está justificada de un modo razonable, lo que acaece en los supuestos enjuiciados en los que, para el vendedor, el quebranto económico que causa el incumplimiento del comprador es relativamente homogéneo, mientras que, para cada comprador sería distinto.